

国・自治体関係と法治主義

——自治体行政の適法性確保のための制度設計——

磯 部 力

- 一 はじめに
- 二 自治体による事務処理の適法性確保のしくみ
- 三 現行係争処理制度ができるまでの経緯
- 四 理論的な検討
- 五 よりバランスのとれた制度設計のために

一 はじめに

明治期の市制町村制以来、戦後地方自治制度の大改革を経たとはいえ、二〇〇一年の分権改革に至るまで、わが国における国と地方公共団体の関係は、総じて国家という制度装置の内部における関係と考えられてきた。言い換えれば、国や自治体の国民や住民に対する法関係が「外部関係」として法治主義（法律による行政）原理の下におかれる状況とは概念的に明確に区別・対照されつつ、「国と自治体の間には法治主義は貫徹しない」ことが当然の

前提とされてきた。それは比喩的に言えば親子のような関係であり、あるいは少なくとも国家という大きな傘の下にある本店と支店のような、身内同士の関係と理解されてきたと言つてよい。もちろん旧法下においても、機関委任事務をめぐる職務執行命令訴訟のように、国の所管省庁と自治体の間に法律の解釈運用をめぐるの深刻な紛議が生じ、それが法定の機関争訟の形をとつて裁判所の前に持ち出されるようなケースも、例外としてはあり得た。しかしそれはごく稀なことであつて、実務処理上ほとんどの場合には、法定の国の関与権限を行使するまでもなく、霞が関の所管課による内部的な指導で（極端なことを言えば、自治体の事務担当者に電話を一本かけること）ことは済んでいたということになろう。

二〇〇一年の地方分権改革により、このような国と自治体の関係は本質的に変化し、キャッチフレーズ的に言えば、従来の上下関係ないし支配・服従の関係を脱却し、新たに独立・対等の当事者として、協議・協力し合う関係になったとされる。たしかに地方自治法の関連条文は一新され、国の関与のあり方の原則、基準、手続等について、新たなルールが創設された。念のためにその主要な点だけ列挙すると、次のとおりである。

①国と自治体の間の支配服従関係をもたらし「諸悪の根源」としての機関委任事務制度は「制度として廃止」され、したがって同制度の下での包括的指揮監督権も廃止された（改正前の旧自治法第一五〇条及び第一五一条の削除）。

②国の関与はかならず「法律又はこれに基づく政令の根拠を要する」として関与の法定主義が明文化された（第二四五条の二）。

③国の関与は「必要最小限のものとし、地方公共団体の自主性・自立性に配慮したものでなければならない」という関与の基本原則が明文化された（第二四五条の三）。

④自治事務、法定受託事務という事務区分に応じた関与の基本類型を提示し、それ以外の関与を個別法によつ

て設けることを制限した（第二四五条の三）。

⑤書面主義、許認可の審査基準の設定、標準処理期間の設定等、国家と国民の間の外部関係を律する行政手続法のルールに準じた手続ルールが創設された（第二四六条、第二五〇条の六）。

そして何よりも、以上のようなルールを制度的に担保する制度的しくみとして、

⑥国地方係争処理委員会の設置など、国と自治体が関連法制度の運用等をめぐり、対等な当事者として公平な第三者裁定機関の前で争い決着をつけることのできる制度として、国地方係争処理手続が創設された（第二五〇条の七、第二五二条）。

このように関係者の大きな期待の中で、前例のない画期的な制度として登場した国地方係争処理制度（以下「係争処理」と略称する）であったが、発足以来六年余のあいだに、係争処理委員会に正式事案として係属したのは、実は平成一三年の「横浜市勝馬投票券発売税の新設に係る協議」の事案の一件^{（1）}だけにとどまる。もともと制度創設の当初から、自治体側からの審査の申立てが引きも切らないような盛況になるものとは予想されていなかったのはあるが、しかしこれをもって、係争処理制度は要するに空振りであったと考えるか、中央各省が分権の本義を善く理解し、違法不当な関与がなされないでいるため、自治体側からの申立てが不要なのであると理解するかについては、まだ軽々には答えを出しにくいところである。

ところで本稿の筆者は、二〇〇三年に第二期目の国地方係争処理委員を委嘱されるところとなった。甚だ重要な職責であることを自覚しつつ、また判断に困るような困難な事案が係属することを、半ばは期待し半ばは怖れながらも、在任中はそれなりの緊張感を持って侍していたところであったが、結局のところ一件の申請もないままに、二〇〇六年春に任期を満了することになった。

もつともこの間に、正式に係属した事案は一件もなかったとしても、潜在的には事件になりそうなくつかの事案があったことは事実である。⁽²⁾ また他方で、国の積極的な関与行為に対する自治体側からの不服の申立てという本来想定されているケースだけではなく、逆に自治体の側の(国側から見れば違法な)不作為状態に対して、現行法では十分な対処ができないという制度的不備の問題が意識されるところとなった。

この最後の問題は、現行制度の解釈運用問題と言うより、むしろ立法論的な制度設計の問題であるが、国・自治体の関係の法的性質をどう理解するかという理論的な問題としても興味深いと考えられるので、本稿ではもっぱらこの点を取り上げて検討してみることにする。

(1) これはいわゆる場外馬券売場(勝馬投票券発売所)の売り上げに対して、地元自治体が法定外普通税として課税することが、地方税法に言う「国の経済施策」に影響があるか等の論点を有する興味深い事件であった。平成一三年七月に係争処理委員会は、最終判断としての「裁定」ではなく、総務大臣へ横浜市と協議を再開せよとの「勧告」を行うにとどまったが、結果的にはこれを契機に紛争が終息に向かうことになった。このように、国と自治体のどちらの主張が正しいかについてデジタル的に黒白をつけるという形の決着だけでなく、両者にさらなる協議と歩み寄りを求めるなど柔軟な調整的措置をとれることは、裁判所とは異なる行政的紛争裁断機関の大きな特徴であり、一般論としては、委員会が今後ともその特性をおおいに活用することが望まれるところである。

(2) 法定外普通税の適否をめぐる自治体と総務省の意見が相違した事案としては、豊島区の駅前放置自転車税条例の問題があったが、最終的には総務大臣が「意見書」の同意⁽³⁾を行ったため、係争委員会に係属することなく終了した。他方で、いわゆる住基ネット(住民基本台帳ネットワークシステム)への参加問題をめぐって、福島県矢祭町、東京都杉並区、国立市など、未接続の自治体が残っているが、国からの是正措置要求も、自治体からの審査申出も行われないうままに推移している。このほか二つの県にまたがる市町村合併の県レベルにおける手続段階で、県知事が必要な議案を県議会に提出しないという不作為などが問題になった事例のようになり細い制度にかかわる案件もあれば、他方でいわゆる三位一体の改革をめぐる政治的な駆け引きの中で、全国自治体が一斉に生活保護事務を返上すればどうなるかといった議論が話題になったケースなどもあった。

二 自治体による事務処理の適法性確保のしくみ

1 現行制度の概要と問題点

分権一括法以前の旧制度、とりわけ機関委任事務制度の下では、主管大臣が自治体に対し包括的な指揮監督権をもつことが当然の前提とされていた。この場合の大臣と国の機関としての首長は、端的な上下関係と考えられたから、下位の機関に対しては特に法令の規定がなくても、認可、訓令、監視、取消、停止といった直接的関与をなしうるものが当然視されていた。

この機関委任事務が廃止され、自治体の事務は自治事務（法定の自治事務^③）と法定受託事務に分けられることになった。そして自治事務についての関与の基本類型は、助言・勧告、資料の提出の要求、是正の要求が中心であり、法定受託事務の場合には、自治事務に対する関与のリストに加えて、さらに協議、同意、許認可、是正の指示、代執行が制度化されていることになる。なおこのように法定自治事務と法定受託事務では関与の強度が異なるとしても、だからといって両事務の間に、その執行についての国の責任という意味で本質的な相違があると考えるべきか否かについては、慎重な考慮を要する。少なくとも法定受託事務を、あたかも従前の機関委任事務の名前を変えたものに過ぎず、したがって本質的には国の事務と把握するのは不正確である。法定受託事務は、国の本来果たすべき役割に深くかわる事務ではあるが、決して国の事務が自治体に委任されたわけではなく、法律によって直接に自治体に託された事務にはかならないからである。

さて国と自治体が、それぞれ法原理的には対等・独立の行政主体として、基本的な役割分担原則に基づき固有の事務を処理するという制度論理に立脚する以上、国と自治体の間、あるいはまた都道府県と市町村の間を含め自治体同士のあいだに法制度の運用や解釈について紛争が生じた場合の調整のしくみが必要になることもまた、制度論

理的な必然であった。

このうち、都道府県と市町村、あるいは自治体同士の紛争については、基本的に自治紛争処理委員制度が対応することになっている。この点についても、現行制度がかならずしもあらゆる形態の自治体間紛争に対応できるようにはなっていないことなど、制度改善課題が存在しているが、本稿ではこれ以上触れず、以下ではもっぱら国と自治体間の係争処理に焦点を絞ることにしたい。

他方で、国と自治体との間のもめ事の調整のしくみとしては、まず、地方公共団体の事務処理が法令に違反しているとか、あるいは著しく適正を欠き明らかに公益を害しているという場合には、各大臣は是正の要求・指示をすることができるといふ制度が用意されるところとなった。この是正の要求・指示が行われた場合には、これを受けた自治体は違反を是正・改善する法的な義務を負うことになる。

さらに自治体側がその大臣の是正の要求・指示につき不服があるという場合にかぎって、係争処理手続の対象となることになる。つまり各大臣からの是正の要求・是正の指示を受けた地方公共団体は、不服がある場合は原則として三〇日以内に、国地方係争処理委員会に対して、審査の申出をすることができ、審査の結果、大臣等に勧告などの措置が講じられるところとなり、さらにその勧告に対しても不服があるという場合には、一審を省略して高等裁判所への訴えという道が拓けることになる。

2 制度改善の方向性

このように現行制度は、地方自治体の事務処理が法令違反あるいは著しく不適正なときにかぎって、各大臣から是正の要求・指示ができるというしくみであるから、是正の要求や指示を受けた自治体が、あえてそれを無視するというような事態は想定しておらず、多くの場合措置要求の対象となった自治体は、おおいに慌てて自発的に違反

状態を改善するか、さもなくば直ちに係争処理手続に入るであろうという見通し、つまりは一種の「自治体性善説」に立って制度設計をしていたということになりそうである。したがって、たとえば住基ネットへの接続問題のように、法令違反・著しく不適正の指摘を受けた自治体が、自治体としての信念をもって、敢えて是正改善措置をとることはせず、だからといって係争処理委員会への審査の申出もしないという事態、つまりは「少なくとも国から見た場合に」法令違反または著しく不適正な状態」がそのまま続いてしまうという事態は想定されていなかったように見える。

このように、この問題はいかにも係争処理制度の設計ミスであるかのように見えるのではあるが、実はそう簡単ではない。真実はむしろ逆であって、かつての地方分権推進委員会が、係争処理の制度設計を論議していた当初から十分に意識されていた問題であった。にもかかわらず、諸般の事情からそれが制度化まで至らなかったというのが実態に近いが、この点については後に詳述することとする。

さて、このように自治体側が、大臣からの是正要求等に従わず、かつ係争処理の申立てもしないという状態が、現行制度の下で現実起こりうることは事実である。なお総務省はこれを「放置された違法状態」と呼ぶが、実は「放置されていることは事実としても、それが違法かどうかは係争処理を通じて確定しているわけではない」という意味で、この用語法はやや正確でない。より正確には「それが適法か違法かはともかくとして、法定自治事務に関わる自治体にとつての法律上の義務が自発的には履行されておらず、かつ係争処理の手続もとられていない状態」ということになる。

さてこの問題は、第二八次地方制度調査会の「地方の自主性・自律性の拡大及び地方議会のあり方に関する答申」（平成一七年二月九日）において取り上げられるところとなった。該当箇所を全文掲げると、次のとおりである。

「(第1 地方の自主性・自律性の拡大のあり方

2 法令・制度における地方の自由度の拡大と権能の充実)

(3) 自主性・自律性の拡大に対応した地方公共団体の事務処理の適法性の確保

地方公共団体の自主性・自律性を拡大する見地からは、地方公共団体の事務処理の適法性の確保も課題であり、事後的な是正方策の検討をすることが必要である。

現行制度では、是正の要求・指示を受けた地方公共団体が、当該是正の要求・指示に不服がある場合には本来は審査の申出をすべきにもかかわらず審査の申出をせず、かつ是正改善措置を講じない場合には、義務違反が継続することとなるという問題がある。

この点については、地方公共団体が審査の申出をしない場合には一定期間内には是正改善措置の内容を大臣に通知するとともに、議会にその内容を報告し、併せて公表することとすべきとの意見、さらには間接強制に類似した措置の導入を検討すべきとの意見もある。しかしながら、地方公共団体が当然従うべきルールについてあえて制度化する必要性はないとの意見や、長の選挙等を通じて是正改善を図る手段もあることから現時点における新たな措置の導入に慎重な意見もあり、さらに検討を進める必要がある。」

以上のとおりこの答申では、問題点の指摘はあるものの制度をどのように改革するのかが方向が見えず、いかにも中途半端な叙述のまま、検討は次期の調査会に持ち越されることになっている。ただし、何故このような中途半端な議論になったかについては、議事録などを通じてある程度の推察が可能である。

すなわち、まず一方で自治体関係者の中には、まだまだ事務権限や財源の移管など、分権改革の本体が未完成の段階で、一部自治体による法定義務の未履行状態の放置などは、相対的には些細な問題であり、現実にはさしたる不都合をもたらしているわけでもないのだから、目くじらを立てるほどではないという気分が存在することはたしか

であろう。あるいは自治体側に多少の法律違反があるのだとしても、だからといって国の側が、その（国の側から見た）違法状態を解消すべく、強大すぎる履行強制装置を手に入れることには危惧を感じるという感覚も否定しがたい。そうであるとすれば、右答申にあるように、せいぜい大臣への通知と議会への報告など、勝手気ままな自治体首長への世論の圧力を高めるしくみを導入する程度にとどめるべきという結論に至るであろう。

しかしながら他方で、このような自治体側の未履行状態を前にしても、中央省庁として何ら打つ手がないという事態は異常であり、決して軽い問題ではないという認識もありうる。とりわけ各個別法を所管する霞が関官僚の意識においては、「法律上の義務の履行を公然とさぼるような、規範意識に欠けた自治体が続出し、かつそれに対して手が出せないというようなことでは、国としての責任をとりようがない。だからこそこれ以上の権限委譲は進めるわけにはいかない」とでも言わずにいられないことになろう。こういう論理が現実的根拠のある話なのか、単なるレトリックなのかは俄には判断できないが、しかし中央省庁がこれ以上の分権化推進には消極的にならざるをえない論拠の一つを提供していることは間違いないのである。

（3）自治事務という類型の中には、当該自治体が自主条例によって創設した文字どおりの任意的な自治事務も存在することは言うまでもないが、それらはもちろん法律の根拠を持たず、義務づけられてもいないのであるから、ここでの問題にはならない。また景観法に基づく景観行政など、法律に根拠を持つ事務であっても、その執行は任意である自治事務という類型も存在するが、実例は少ないであろう。本文で問題にしようとしているのは、法律に根拠を持つだけでなく、その執行が法律によって義務づけられているという意味での義務的な法定自治事務であって、かつての機関委任事務で分権改革により自治事務化されたものすべてがこの類型に入ることになるから、その例はきわめて多い。

（4）現行制度としては、まず一般的に都道府県と市町村、あるいは市町村同士、県同士の紛争について、当事者の申請もしくは職権によって、自治紛争処理委員の調停という制度がある。また市町村に対する都道府県の関与のうち、処分など公権力の行使に当たるものについては、不服がある市町村の申出によって自治紛争処理委員の審査に付されることになっている。しかし、たとえば市町村の切実な利害に関わる事務の申請手続上、都道府県を経由して国に提出することになっているのに、都道府県がその經由事務を処理してくれないという場合のように、都道府県の市町村に対する権力の関与には当たらないが、実質的に不利益をもたらしている行為であるとか、補助金や負担金の交付のように非権力的な決定などについては、現制度では自治紛争処理委員に持ち込めないという限界があることが改善課題として指摘されている。また現在は、自治

紛争処理委員を事件ごとに任命するしくみになっているが、これを常設化し事務局を設置するなど体制の強化が課題になっている。

三 現行係争処理制度ができるまでの経緯

1 地方分権推進委員会での考え方と第四次勧告

地方分権推進委員会関係者の中で、当初から明確に意識されていたことは、国と自治体の関係を、単なる内部関係ではなく法治主義の支配する関係に、支配・服従関係から対等・協力の関係にする以上は、第三者性を持った係争処理機関ないし裁判所の前で、国と自治体が対等当事者として対峙する係争処理制度が、論理的な必然として制度化されるべきであるということであった。したがって自治体の自主的事務処理権限を侵害するような国の違法・不当な関与に対する手当てが必要であるだけでなく、自治体が違法・不当に法律で義務づけられた事務処理を行わないという未履行状態（総務省の言う「放置された違法状態」）に対処する必要もあることについても、地方分権推進委員会は気がつかなかったどころではなく、十分にその点を考慮した制度設計を提案していたのである。

このことは資料としては同委員会の第四次の勧告（平成九年一〇月）に明らかである。最終答申では残らなかった箇所ではあるが、今後の同制度の改善策を考える上でも意味があるので、ここに全文を紹介しておきたい。

「第3章 国と地方公共団体との間の係争処理の仕組み

II 国と地方公共団体との間の係争処理手続

1 国地方係争処理委員会における審査及び勧告等

(2) 審査の申出

①、②（略）

③ 国の行政機関の長は、是正措置要求又は指示の相手方である地方公共団体の長等が、②の審査申出期間内に審査の申出をせず、かつ、是正措置要求又は指示に従わないときは、国地方係争処理委員会に対して、審査の申出をすることができる。

* 事前協議、合意（又は同意）、許認可等については、国は、地方公共団体が事前協議を経ず又は合意（若しくは同意）、許認可等を得ずに行った行為そのものについて審査の申出をするのではなく、これらの行為に対して国が是正措置要求又は指示をすることを前提として、当該是正措置要求又は指示に従わないことについて審査の申出を認めることとする。

2 裁判所における訴訟及び判決

(1) 訴訟の提起

① 地方公共団体の長等の訴訟の提起（略）

② 国の行政機関の長の訴訟の提起

国の行政機関の長は、次のいずれかに該当するときは、是正措置要求又は指示の相手方である地方公共団体の長等を相手方として、当該是正措置要求又は指示に従わないことが違法であることの確認の訴えを提起することができる。

ア 是正措置要求又は指示の相手方である地方公共団体の長等が、当該是正措置要求又は指示について国地方係争処理委員会に審査の申出をした場合において、当該地方公共団体の長等が、①の出訴期間内に適法に出訴せず、かつ、当該是正措置要求又は指示に従わないとき

イ 是正措置要求又は指示の相手方である地方公共団体の長等が、当該是正措置要求又は指示の取消しの訴えを提起した場合において、請求を棄却する判決が確定したにもかかわらず、なお当該地方公共団体の長等が当該是正措置要求又は指示に従わないとき

ウ 国の行政機関の長が、是正措置要求又は指示の相手方である地方公共団体の長等が当該是正措置要求又は指示

に従わないことについて国地方係争処理委員会に審査の申出をした場合において、次のいずれかに該当するとき

- (ア) 国地方係争処理委員会が所定の期間内に勧告又は通告を行わないとき
- (イ) 国地方係争処理委員会の勧告又は通告に不服があるとき
- (ウ) 国地方係争処理委員会の勧告を受けた地方公共団体の長等が所定の期間内に措置を講じないとき
- (エ) 国地方係争処理委員会の勧告を受けた地方公共団体の長等が講じた措置に不服があるとき

2 最終的な制度設計

右に紹介した地方分権推進委員会の答申は、しかしついに実現することなく葬り去られるところとなった。そこにはさまざまな紆余曲折があったものと推察されるが、主としては内閣法制局の強硬な反対意見を最後まで克服できなかつたと伝えられているところである。客観的な資料として残されているのは、「機関委任事務制度の廃止後における地方公共団体の事務のあり方及び一連の関連する制度のあり方についての大綱」(平成九年一二月二四日自治省)と題する文書の次の箇所である。

「第3章 国と地方公共団体との間の係争処理の仕組み

第2節 国と地方公共団体との間の係争処理手続

第32 国の行政機関の長による審査の申出及び訴訟の提起

国の関与のうち是正措置要求等又は指示等については、当該関与が取り消されない限りこれを受けて地方公共団体が措置を講じなければ違法であることを踏まえると、国地方係争処理委員会や裁判所が「当該関与に従わないことが違法

であること」を確認しても当該関与の法律上の効力に影響があるわけではなく、法的な意味においては、必ずしも違法であることを確認するための手続を設ける必要性はないとも考えられる。

このような点を踏まえ、「国の行政機関の長による地方公共団体が関与に従わないことの違法確認の審査の申出及び訴訟の提起」については、今後法制的に整理するものとする。」

つまるところ各省大臣がすでに一度違法と判断している以上、係争処理委員会のような第三者機関に判断してもらう必要はないという理屈であるが、これについては節を改めて検討してみることにする。

なお当時は、このような論拠の他にも、係争処理委員会は所詮行政機関であるので、各部の行政の最高責任者である大臣の決定について、委員会がさらに判断できるという組織構成はあり得ない、そもそも国でも地方でもないという行政機関はあり得ないという論拠もあつたと記憶している。

いずれにせよこの結果、平成一〇年五月二十九日に閣議決定された「地方分権推進計画」では、係争処理委員会および裁判所に対して、審査の申出なり、訴えの提起ができるのは地方自治体側だけというきわめてバランスを欠いた制度になってしまい、制度論理的には必然と考えられた国の側からのアクセス手続は、ついに設けられずに終わったのである。

四 理論的な検討

ここであらためて、自治体に義務づけられている法定自治事務を自治体が自発的に履行しない場合に、どのように解決すべきかという問題について、少々理論的な検討を加えてみることにしたい。なおその検討に際しては、個々の事案の実体的な中身、つまり住基ネット制度への加入を自治体に法律で義務づけることの可否であるとか、

法定外普通税の内容的適否などには一切立ち入らないことにする。何故ならばこの問題は、個々の未履行事案の実体法的な正当性とは別個に、あくまでも国と自治体という独立の行政主体間における法治主義の貫徹という観点から、両者の法解釈の食い違いをどのように整序するかという独自の法論理によって決せられるべきと考えるからである。

1 国の判断には適法性の推定がともなうのか？

まず現行の係争処理制度を、自治体側からの訴えのみに開かれ、国側からの訴えの途を閉ざすというバランスの悪いものにした張本人と目される、法制局に代表される発想の是非について考えてみよう。これはつまり、自治体の事務処理に対する国の主管大臣からの是正措置要求・指示は、法解釈としていわば最終的な権威を持つものなのであって、いまさらその適法違法を論じる余地がないとする発想である。たしかにそのような前提に立てば、係争処理委員会であれ裁判所であれ、あらためて第三者機関によって自治体の違法性、つまりは国の判断の正当性を確認してもらう意味がなく、つまり手続法的に言うところの確認の利益もないことになるというのは論理的な帰結ということになるう。

ここには、現行憲法下では、何が正当な法解釈であるかについて有権的な判断権を持つのは裁判所のみであり、そのような有権的解釈権を持つわけではないという意味では、国の行政（主管大臣）のみならず自治体や市民にも、それぞれ独立の法主体として、大臣とは異なる法解釈をする権利があるという発想は全く存在しない。裁判所の解釈が確定していかないのであるから、国の行政の解釈であっても最終的に誤っていると判断される可能性もあるという発想もまったく存在しない。法律を所管する省庁のいわゆる「公定解釈」には、あたかも、かつてオート・マイヤーが説いた「適法性の自己確認」と同じように、「強い公定力」実体法的な意味での適法性推定」が働

くと言わんばかりである。しかし主管大臣の公定解釈に、このような行政処分の方定力に等しい「公定性」を認める制度的根拠は何もないはずである。

ここでは普通の意味での行政処分の公定力の問題になっているわけではないにせよ、議論の仕方としては、「主管大臣も相手方自治体も、裁判所ではない」という意味では、自らの判断が正当であると主張している一当事者に過ぎない」という法原理的認識を出発点にせざるを得ないであろう。したがって法律が、国の大臣による是正の指示があった場合には自治体はこれに従う義務があるという構成をとっているとしても、それは大臣の主張が実体法的に適法だから優先するのではなく、係争処理手続を経ることを通じて最終的に何が適法な解釈であるかが裁判所によって有権的に確定するまでの間は、国の側の主張にいわば仮の暫定的な通用力を認めているからに過ぎないと考えべきことになる。

現実には、その法律を所管している省庁の法解釈が優れていることが多いとか、相手方自治体も正面からその解釈を争うことを避ける傾向があるため、結局は主管大臣の解釈がそのまま正当な解釈として通用するということは多いかもしれない。その意味でいわゆる公定解釈が一般に尊重され権威もあるということとは否定できないが、それは事実の問題であり、上述した法原理の問題ではないと言わざるを得ないのである。

他方で、法制局のように、主管省庁の方定解釈としていったん判断が下された以上は、それが最終判断であつて、確定的に適法であるという前提に立つのならば、それにもかかわらず自治体がそれを無視し続け、義務の不履行状態を継続しても、主管省庁としてそれを放置するしかないという制度構造は、いかにも不自然である。そこまで強く国の行政による適法性の自己確認的宣言とその拘束力を前提にできるならば、もはや係争処理委員会や裁判所の判断を経るまでもなく、ただちに行政的強制執行ができるといふ制度構造の方がはるかにわかりやすい。もちろんそのような制度設計をしなかったのは、法制局の責任ではないということになるのであるが、しかし制度の

論理的な構造という次元で、いかにも片手落ちといわざるを得ない感がある。

2 自治的法解釈権の保障と適法性確保手続

以上に見たように、国の所管官庁の公定解釈こそが最終的というだけの理屈では、もはや分権の時代に適合し得ないことは明瞭である。分権の時代には、国・自治体間の法治主義的観点こそが出発点にならなければならない。つまり国と自治体の間に意見の対立があることは何ら異常なことではなく、そうであればこそ、何が妥当な判断かということに関する第三者の確認手続が有意義ということになる。

言い換えれば、個別法の解釈運用に際して国と自治体の間に意見の対立がある場合には、どちらの解釈が適法であるかについてはまだ決着がつかないという認識、ひいては国の解釈は最終的に誤っていると判断される可能性もあるという認識が出発点になるのであり、そのことを前提に、自治体側からの審査申出という制度設計がなされているのである。そうであるとしたらその裏返しとして、国の解釈を違法と思う自治体は、申出の権利を有するだけではなく、申出の義務を負っているとするのが制度論理としては素直なはずであった。

しかし残念ながらその点が明文化されなかったことが、こんにちまで禍根を残すことになった。制度設計時には、自治体性善説的な気分が強く、分権の論理を貫徹するためにも、すべての自治体がこの手続の重要性を十分認識して、フェアプレイヤーとしてかならず申出をするはずと考えられていたことは否定できない。具体的には、国の大臣からは正の勧告や要求があった場合には、①国の措置要求に従い、義務を履行し、争うことはあきらめる、②国の措置要求に従い、仮に義務を履行するが、直ちに申出の手続をとる、③仮の履行措置はとらず、不履行のまま、直ちに申出の手続をとる、などの選択肢はあり得ても、④「要求に応じた何らの履行措置もとらず、かといって係争処理の申出もしない」という対応は予想されていなかったのである。したがってこの制度論理を一步進め

ば、自治体は、積極的に審査申出の手續で争うことができるだけでなく、申出の義務を負うと考えるのが筋ということになる。

もつともこのように制度論理だけを追求しても空しいのであって、自治体の不作為の本当の理由・動機は何かという視点からの検討こそが必要という意見もある。何故ならば、自治体が敢えて国と鋭く対立してまで不作為を続ける場合、それが純粹の法律解釈問題であることは少なく、かならず政策的な不当問題や、首長の政治的信念あるいは選挙民を意識した政治的パフォーマンスと密接不可分な関係にあると考えられるからである。しかしながら政治的な意味合いを強く持った問題であっても、法律問題としての決着をつけることが不能になるわけではないから、事柄が政治の意味合いを持つことが多いからという理由だけで、法的な問題解決の制度設計を不備のままに放置してよい理由にはならないであろう。

要するにこの問題の根本に存在するのは、たとえば自治体の長が、自らの行政に対する基本的なスタンスに関わる問題として国の解釈に抵抗するような場合に、自治権の発露としての自治体の判断をどこまで尊重すべきかという問題であろう。主管大臣の判断を、国の判断であるからという理屈だけで自治体の判断に置き換え、その履行を直接に押しつける方式は、自治権の侵害となる可能性が高い。自治体には、国とは異なる解釈をする権利があるのであって、その意味での自治体の第一次的判断権は尊重されなければならない。そして国の法解釈には従わないという不作為状態を現出することで、すでに自治体の第一次的判断は十分に示されていると考えることは可能であろうから、そのことを前提に、そのような自治体判断の適法性を審議するための係争処理手續が起動するしくみを考える必要があることになろう。

五 よりバランスのとれた制度設計のために

以上の検討を前提に、現行のバランスを欠いた制度の改善方策はいかにあるべきかについて検討を加えておく。なお以下においては、国と自治体の意見対立のうち、あくまでも法定自治事務につき、何らかの理由で自治体が法律上義務づけられた事務処理を履行せず、主管大臣からの是正要求にも従わず、かつ係争処理の審査の申出もしないという場合のみを想定することとする。法定受託事務についても同種の問題は生じ得るところであり、制度上は代執行までであるとしても、その発動が常に可能であるとは限らないなどの難しい問題が起り得るが、ここでは検討の対象とはしないことにする。

1 非争訟的な解決

まず係争処理手続などの正式な争訟手続を立法的に改善する方途が、そう簡単には実現しないであろうという見通しの下に、より実際的な効果の望める方策として、争訟以外の装置を考えることができよう。たとえば、自治体が国からは正措置の要求を受けながらもそれを履行せず、かつ係争処理の審査の申出もしないという場合には、そのことを議会へ報告することを義務化することが考えられる。とくにもつばら首長の政治的パフォーマンスとして敢えて未履行状態が現出することが少なくないのであるとすれば、せめてその事実を議会へ報告し、その総合的判断に委ねることは有益であろう。また議会への報告だけでなく、広く公表を義務づけることによって、情報公開・周知による世論の圧力に期待する余地もあるであろう。

いずれもとくに法的な問題はなさそうであるが、履行強制力がどの程度あるかは心許ない。言い換えればそれらは「あってもよい制度」ではあるが、自治体が国に抵抗したとしても、せいぜい「この程度の対抗策しかとれな

い」というメッセージになってしまう逆効果も心配になる。あくまでも争訟的装置の整備を補完する措置というにとどまるであろう。

2 一般の争訟制度を通じた解決

自治体が国の是正措置要求に従わずに、独自の行政運営を続けることによって、当該自治体の住民が具体的な不利益を受けるような場合には、その住民が原告になって、住民監査請求・住民訴訟手続をはじめ、事案の性質に対応して各種の争訟手続をとることは十分にあり得る。ただし、たとえば住基ネットに接続しないという政策を自治体がつけている場合に、その自治体の住民が具体的にどのような被害を受けたと主張して出訴できるかと考えると、かならずしも容易ではないことが理解されよう。

3 係争処理手続にのせるための工夫

既述のように国と自治体間の法治主義徹底のために設けられた係争処理制度の必然的な論理構造として、自治体側の不作為がそのまま放置される事態は避けなければならない。そのためには自治体が不作為を継続する以上は、かならず係争処理委員会に対し審査の申出をしなければならないとの規定を明文化することが最も明快である。

しかし審査の申出が義務づけられたとしても、国の是正措置要求に従う義務さえ無視している自治体が、申出義務を素直に履行しない可能性は多いに残されるとしたら、単に申出を義務づけるだけでなく、自発的申出のなかった場合には、一定期間の経過後は、「申出をしたものとみなす」旨の規定を設けることも考えられる。もちろん争訟手続の一般論としては、当事者本人の意思を問わずに争訟手続へ入るものとみなすという制度は、相当地に強引な印象にはなるが、少なくとも自治体は公的存在である以上、分権的法治主義を制度的に担保するためのメカニズム

を発動する義務があるという理由で、そのような例外的取扱いも許されると言えるのではないか。

4 不作為の違法確認手続

そこで議論を先へ進めることとして、まず先述の地方分権推進委員会の第四次報告において当初提案されていたような「不作為の違法確認の申出」手続を制度化する必要がある。

国の是正措置要求は最終的判断であり、いまだ係争処理委員会の判断をもらう必要はないとの議論が説得力を欠くことは先述したとおりである。その反面で自治体側に、自治的裁量権の名において「何もしない自由」までも認めることは、分権的法治主義の存在理由そのものを危うくさせる。したがってここでは、自治体に特定の措置をとる作為義務までも義務づけるのではなく、自治体が何もしないという状態の違法性を確認するという手続がいちばんバランスがよいと言わざるを得ない。

これに対しては、市町村合併手続に際して知事が果たすこととされる經由事務のようなおよそ裁量の余地の全くない問題についてまで、不作為の違法確認などは不要であって、いきなり履行強制でもないのではないかとという反論があり得るかもしれない。しかし機関委任事務時代の職務執行命令訴訟でも、まずは不履行の違法確認から始まったことを想起する必要がある。仮に裁量の余地がまったくないように見える問題であっても、自治体としての政治的政策的裁量判断の余地は残ると考えるべきである。要するに、是正措置要求に対して何をするかについては、自治体の選択の自由が残されるが、少なくとも「何もしない自由はない」ということが確認される必要があり、かつそれで足りるということである。

5 実効性確保手段

さて、不作為自治体への審査申出の義務づけ制度もしくは「申出があったものとみなす制度」の導入により、少なくとも係争処理委員会手続は開始することができ、自治体の不作為が国の主張通り違法なのか、それとも国の主張に無理があるのかの決着はつくことになる。そしてそのように公式の係争処理手続を経て不作為の違法が確認された以上は、自治体は自発的に義務を履行するであろうから、制度設計としてはここまでで十分という考え方もあり得るであろう。しかしさらにその次の段階として、仮に自治体不作為の違法が確認され、委員会が当該自治体に対し、事務の執行その他何らかの作為を勧告をした場合であっても、さらに当該自治体がその勧告に従わず、違法状態が継続する場合もあり得ることは否定できない。この点を重視するならば、違法確認手続だけを作る意味はないのであって、かならず「さらなる不作為があつた場合の履行強制」を制度化しておかなければならないと考えるべきことになろう。

機関委任事務制度時代には、「代執行」と「長の罷免」という強力な履行担保装置が用意されていたことは事実であるが、分権改革による国と自治体の対等性を前提にした場合、義務的な法定自治事務に関する究極的な適法性確保装置として、この二つの制度を設けることは、自治事務と法定受託事務との区別という現行制度の基本からしても、避けなければならない。そうだとすると、残る可能性としては、先に紹介した第二八次地制調答申においても示唆されていたように、不作為自治体に一種の履行強制金を賦課するような間接強制制度を導入することも、理論的には考えられないではないであろう。

しかしながら間接強制という手法は、わが国では一般の行政強制の手法としても、あるいは民事においても、ほとんど活用されていないと言つてよいであろう。また間接強制は、本来は自然人を想定し、その自然人たる履行義務者の心理に対し圧迫的に働きかけるものである。もとより法人に対して間接強制をなし得ないと思える理由はな

いが、経済的合理性の観点から法人の責任者をして「そんな金を払わされてはたまらない」という心理に追い込めるのならともかく、自治体のような公的な機関についても、そのような経済合理性判断を期待できるのかについては、本質的な疑問がある。⁽⁵⁾ もちろん自治体が賦課された履行強制金を払い続けながらも不履行状態を続けようとする場合に、当該自治体の住民から無駄な公金支出をしたとして住民訴訟を提起されたり、あるいは監査委員の監査対象になるということは十分あり得るが、そのような場合であっても、そもそも自治体の首長がその政治的信念をかけて確信的に不履行状態にあるときには、強制効果としては空振りに終わる公算も大きいと思われる。

このように係争処理手続において不作為の違法が確認された後も、対象自治体が確信的に不履行状態を継続する場合は、有効な履行強制手段はなかなか見あたらないということになるであろう。

6 まとめ

以上の検討の結果を次のようにまとめて本稿を結ぶことにしたい。

(1) 旧制度の下では国の機関委任事務として処理されてきた事務のうち、分権改革時に法定受託事務として留保されずに、「法律によって自治体に事務執行が義務づけられた自治事務（義務的法定自治事務）」と位置づけられた事務については、何が適法な事務処理かということについて、当該法律を主管する中央省庁と自治体の自治裁量の判断が食い違う場合が生じうる。

(2) この場合に、自治体が義務的法定自治事務を的確に執行することについて、国は、どこまで責任を持つべきか、それはいかなる理由であるのかということについて、分権後の国・自治体間法治主義を前提に、反省的に考える必要がある。

法定自治事務は、行政主体としての国（各省庁）が自分の事務を自治体に委任したものではなく、立法府として

の国が、法律をもって直接に自治体に事務処理を委託したものであるから、その法律の執行について第一義的に責任を負うのは自治体なのであって、個々の自治体が国民に対し直接責任を負うと考えるべきである。そうだとすれば、少なくともその法律を主管する省庁の法解釈のみが「公定解釈」の名において最終的に確定しており、自治体の解釈に当然に優先すると考える理由はもはや無いはずである。

(3) したがって、自治体が何らかの自治的政策判断を理由に国の主管省庁と異なる解釈をとり、主管の省庁からすればそれが「違法な状態」であると見られるときには、国は法定の範囲内で適当な関与を行うことができ、最終的には是正の要求をすることが現行法上も予定されている。当該自治体は、この是正要求に対し係争処理委員会に審査の申出をすることができるが、是正要求の存在自体を無視することはできないというのが、現行制度の考え方であるが、これだけでは、自治体が、是正要求に従わずにこれを無視し、かつ審査の申出もしないという不作為の場合に対処できないという制度的抜け穴が生じていることを否定できない。

(4) そこで自治体が国からは正措置要求を受けた場合で、自らその措置を履行しない場合には、かならず一定期間内に審査の申出をする義務があることを明文化し、さらになお自治体が申出をしない場合には審査の申出があったものとみなすというしくみ、あるいはより直截に、地方分権推進委員会の原案通り国から審査の申出をする手続を加えるなど、かならず係争処理手続が起動するように制度改善することが望ましい。

(5) 係争処理委員会における審査内容や手続については、国と自治体にさらなる協議の続行など、事案の解決のために有効と目される調整的な措置を含め、可能なかぎり柔軟に対処することが係争処理委員会の特性を活かす所以であろう。しかしあくまでも意見が対立し、委員会としての裁定が必要という場合には、自治体に特定内容の作為という裁定ではなく、「何もしないという状態を継続する」という意味での不作為が違法であることの確認にとどめることが妥当であり、かつ十分であると考える。

(6) 係争処理委員会による不作為の違法確認の裁定があったにも拘わらず、当該自治体がなおも不作為状態を解消せず、かつ裁判手続にも移行しない場合においては、国側から裁判所に対し、不作為の違法確認の訴えを起させる手続を整備することが考えられる。しかし裁判手続においては、係争処理委員会におけるような柔軟な調整の余地は少なくなることも考えられるため、ここでは結論を保留しておくことにしたい。

(7) 係争処理委員会ならびに裁判所という第三者機関において、自治体側の不作為が違法であることが確認された場合で、なおかつ自治体が不作為状態を継続するような場合には、履行強制の装置を用意すべきかという問題が最後に残る。係争処理委員会と裁判所の二度にわたり、不作為の違法確認ができるならば、もはや躊躇無く強制に移っていいだろうとも思われるが、逆にそこまで追いつめられれば自治体側にも変化は生じ得るし、自発的履行が期待できるのではないかと考えられる。これはもはや、国や自治体のような公的主体が確定判決を受けた場合には、課せられた義務を履行するはずであるという一般的な信頼の問題であるだろう。そういう意味では、自治体側に名譽ある撤退の可能性を残す方がよいのであって、第三者機関において下された判断をもつて最終とし、その履行は自治体に委ねるといふ制度でよいと思われる。

(5) たとえば、一般の市町村ではないが、広域的廃棄物処理事業を所管する一部事務組合について、長期にわたり履行強制金が課されたものの、一向に義務の履行にはつながらなかったという参考事例がある。日ノ出町の「東京都三多摩地域廃棄物広域処分組合」が管理する内陸型の管理型廃棄物処分場のゴムシートが破れて地下水汚染問題が発覚したため、一九九一年から住民たちが事前の公害防止協定に基づいて汚水漏れを監視するためのデータの開示を求めたところ、処分組合は都公害審査会の勧告・調停を拒否し、さらに東京地裁八王子支部による証拠保全のためのデータ開示手続きも拒否、加えて一九九五年三月、同支部のデータ開示仮処分命令にも従わず、間接強制金一日につき三〇万円の支払いを命ぜられたところ、それ以来二年近く、毎日三〇万円ずつ総計二億円もの反則金を住民に支払い続けたという事例である。

* 淡路先生に初めてお目にかかったのは、もう三〇年以上も前のことですが、ちょうどパリにご滞在中だった先生の、たしか北駅の近くにあったお住まいを、一緒に調査旅行中だった舟田正之さんとともにお尋ねしたときだったと記憶しております。いかにもフランス風な軽妙洒脱なお人柄とお髭の印象は、その時もいまも少しも変わりません。図らずも私自身が立教大学に奉職することになって、いまここに先生の「ご卒業」をお祝いできるとは、まことに感慨深いものがあります。どうかますます気分のよい日々をお過ごしくださいように！